

# 论我国多数人之债的完善

## ——以不可分之债与连带之债的区别为中心

齐云

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

**摘要:** 不可分之债是从债的标的(给付)的角度对债的一种观察,连带之债却是从债的主体关系的角度对债的另一种观察,它们在划分标准、形成原因、功能目的、损害赔偿之债的性质、可继承性、整体履行的原因及方式方面存在明显不同。我国《民法通则》不当地将不可分之债并入到连带之债,只规定了按份之债和连带之债,与传统大陆法系大多数国家民法典的立法模式相悖,因而我国未来民法典应再增加可分之债和不可分之债这一分类,以填补法律的漏洞,从而明确地区别不可分之债和连带之债。

**关键词:** 不可分之债;连带之债;债的标的;债的主体

中图分类号: DF522 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2012)03-0135-06

## On the Improvement of the Obligation of Plurality of Subjects

——From the viewpoint of the differences between indivisible obligation and solidary obligation

QI Yun

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

**Abstract:** Indivisible obligation is characterized from the viewpoint of object of obligation, while solidary obligation is characterized from the viewpoint of subject of obligation: they are different in standards of division, reasons of formation, functions and purposes, natures of obligations for compensating the damage, inheritability or not, reasons and methods of payment for the whole. The Chinese general principles of civil law have incorporated the indivisible obligation into the solidary obligation, in which there are only partial obligation and solidary obligation, whose legal pattern is different to that of major countries of continental law system. In order to fill the legal loophole, in the Chinese future civil code a new classification, id est, divisible obligation and indivisible obligation, should be added, so that we can clearly distinguish the indivisible obligation and solidary obligation.

**Key words:** indivisible obligation; solidary obligation; object of obligation; subject of obligation

收稿日期: 2011-09-26 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2011年12月30日数字出版,全球发行

基金项目: 2011年教育部青年项目《不可分之债研究——以我国多数人之债制度的完善为中心》(11YJC820094)阶段性研究成果

作者简介: 齐云(1979-),男,湖北荆州人,厦门大学法学院讲师,法学博士,研究方向: 债法基本理论。

在司法实践中经常会出现如下类似问题,比如说,如果甲乙二人约定为丙表演一出双簧,假设甲乙并未明确约定对丙连带地负责,甲乙与丙之间的债是什么性质呢?如果甲不愿意履行,乙可以一个人继续履行吗?如果丙只是向甲提出了履行请求,甲是否有权利要求和乙一起履行呢?如果因甲乙任意一人或双方的原因使原债无法履行,在损害赔偿之债中,甲乙二人是否要对丙负连带责任呢?可以很容易地看到,在这个案例中,只要任意一个债务人不愿意履行,双簧表演就无法进行,也就是说这种债要么“整体履行”,要么就转化为“损害赔偿之债”,不可能“部分履行”,在此我们说其“债的标的”(给付)是不可分的,其实这就构成了“不可分之债”,但是在我国大陆地区却往往不当地用“连带之债”的理论来调整之。

为什么会这样呢?这是因为我国《民法通则》只是以第86条和第87条分别规定了“按份之债”和“连带之债”,虽然在绝大多数的大陆法系国家(地区)的民法典中都规定了“不可分之债”<sup>①</sup>,但是在我国大陆的民事立法中并不存在“不可分之债”的概念。那么为何在大陆法系的“常客”在我国大陆地区却成了“陌生人”呢?这其实是因为我国在制定1986年的《民法通则》时学习前苏联的立法模式,将“不可分之债”不科学地并入到“连带之债”之中<sup>②</sup>。但随着对其理论研究的深入,我国现在的三部已出版的民法典草案都不约而同地规定了“不可分之债”<sup>③</sup>,也就是说将“不可分之债”从“连带之债”区别出来,这样就重新与大多数传统大陆法系国家的立法模式相一致了,从这也可推测在我国未来民法典中极大可能会规定“不可分之债”,即以“债的主体”关系为标准将债分为按份之债和连带之债,以“债的标的”(给付)为标准将债分为可分之债和不可分之债。对于此点,笔者已从学术演变史的角度专文进行了详细论述,在此不赘述<sup>[1]</sup>。

正是基于上述立法上的混淆以及我国未来民法典的新的立法趋势,我们十分有必要研究不可分之债与连带之债的区别,从而在理论上将二者区别开来,并进而用其来指导司法实践。这就是本文所力图完成的任务,下面就从各个不同的角度,综合比较各国民法典中的相关规定,结合西方国家的理论学说,来论述二者的区别。

#### 一、划分标准不同

按照郑玉波先生的说法,所谓连带之债,是指“以同一给付为标的,债务人或债权人具有连带关系之复数主体之债”,至于所谓的连带关系,是指“其债务或债权各具有共同之目的而在债之效力上及消灭上互有牵涉之谓”。而所谓不可分之债是指,“以同一不可分给付为标的之复数主体之债”<sup>[2]</sup>。

从二者概念可知,连带之债与按份之债相对,它们是以“债的主体”的相互关系对债进行的一种划分;不可分之债与可分之债相对,它们是以“债的标的”(给付)可分与否对债进行的一种划分,所以其实不可分之债与连带之债是在两个不同层面对债进行的不同观察。

我们知道,债的分类标准有很多,一种分类标准,其实就是集中火力关注债的一个方面的性质,同时并不排斥另一种分类标准的成立。所以我们可以说一个债是民事之债(与自然之债相对),同时也是简单之债(与选择之债相对),还可同时是特定物之债(与种类物之债相对)。比如,甲约定交付一匹特定的马给乙之债,就是这样的债。同样的道理,一个债既可以同时是不可分之债和连带之债,也可以同时是可分之债和连带之债,这是因为连带之债关注的是主体之间的关系,而不是给付的可分与否,所以郑玉波先生才说“连带之债其标的须为同一给付,至于其给付是否可分,在所不问”<sup>[2]</sup>,只不过在实际生活中,相对比较少发生这种情况,因为在进行分类时,我们往往关注的只是债的一个方面的特性。

也正是因为此点,西班牙学者埃斯比亚乌才认为“传统上,连带性的构造通常都建立在债的可分性的基础上。但这并不意味着否认存在‘不可分的连带之债’(obligaciones indivisibles solidarias)的可能性,因为连带性与不可分性并不是不相容的。但可以确定的是,在给付可分的情形下,可以更清晰地分析连带性的规则,并且在复数主体之债中,债的可分性是通常的原则,而此种原则只在给付是不可分或设立连带之债时才例外。”<sup>[3]</sup>《阿根廷民法典》第668条规定“约定的连带性不使债具有不可分性,债的不可分性也不使债具有连带性”<sup>[4]</sup>,也就是说“连带性”与“不可分性”是债的两种不同性

质,一个并不包括在另一个之内,当然也就并不排斥二者的并存。

## 二、形成原因不同

正是由于连带之债与不可分之债的划分标准不同,导致各自的形成原因也不同,这其实只是换一个角度来看罢了。“连带性”是一个“人为的”上层结构,这是说它完全是由法律或当事人的意愿决定的,“不可分性”却有一个更为“自然的”性质,它来源于给付的客观性质,即使当此等不可分性是由于当事人约定的情形亦同。因而,在连带性中,主体的联系是直接地由诸债务人和债权人施加的,而在不可分性中,主体的联系间接地来源于给付的客观性质<sup>[5]</sup>。

也就是说,“连带性”是一个“主观”的关系,“不可分性”是一种“客观”的关系,前者完全是一种“技术构造”,它依法或当事人的意愿而产生,与现实情况完全无关,后者相反却是给付的“自身性质”决定的,是建立在其本身不可分的现实情况之上的。也正是因为这个原因,埃斯比亚乌将“连带性”和“不可分性”分别形象地概括为“人的性质”(cualidad personal)和“物的性质”(cualidad real)<sup>[3]</sup>。的确如此,前者从“债的主体”出发,是主体之间的一种约定或法定,后者从“债的标的”出发,是债的标的的一种客观性质。

当我们将“连带性”和“不可分性”抽象到了“人性”和“物性”的高度时,对我们理解相关问题也很有帮助,我们可以进一步推理:由于“连带性”是一种“人性”,故而人变,性亦变,与之相反,物变但人不变的,性亦不变;由于“不可分性”是一种“物性”,故而物变,性亦变,与之相反,人变但物不变的,性亦不变。这样说或许很抽象,难以理解,但其实这分别讲的是在继承的情况下(人变:当事人发生改变)和在损害赔偿的情况下(物变:给付性质发生改变)连带之债和不可分之债的性质是否发生改变的问题,这也是二者的典型区别,后文的第四点和第五点将分别详细论述。

## 三、功能目的不同

“连带性”的目的是为了使债权的索取和债务的清偿更为便利和容易,“不可分性”的目的是为了确保给付的整体性,即以统一的行为进行履行。因此连带性总是为了保护债权人,总是加强债权的一个手段;而不可分性,它是中立的,它并不是为了加强债权人或债务人的地位,并且如果实际上更有利于债权人,这仅仅是一个发展的结果,而不是此种类型的债的自身功能,实际上有时候其存在更有利于债务人。

在实际生活中,连带债务比连带债权更为多见,也更为有用,这正是由于在连带债务中债权人可要求任何一个债务人履行全部债务,从而给债权的实现提供了更多的保障,以至于《日本民法典》中只规定了连带债务而没有规定连带债权,因为它认为连带债权对于保护债权人不利,这是由于它赋予了债务人向任何一个债权人履行债务的权利,从而可能使其他的共同债权人的利益得不到保障。在现代社会中,按费孝通先生的说法,发生了从“熟人社会”到“陌生人社会”的转变,信用危机的问题随之出现,而“连带债务”这一技术手段,就越来越发挥出其作用,比如说连带保证、连带担保等等;立法者也规定了一些法定的“连带债务”来加强对债权人的保护,比如在共同侵权中设定共同侵权人的连带责任,从而加强了对享有损害赔偿请求权的受害人的保护力度。

而不可分之债的成立,完全是基于给付的不可分,为了履行的需要以及便利,而设立的特别的规则,其本意并不倾向于当事人中的任何一方,它往往是由客观现实情况决定的。

## 四、损害赔偿之债的性质不同

在损害赔偿之债的性质问题上,是连带之债与不可分之债区别开来的一个重要标志:如果债务人不履行债务,“原初的债”转化为“次生的债”,即损害赔偿之债,在连带之债中,此时“连带性”依然保留,性质不变,众债务人依然承担连带责任,每个人依旧有整体给付的义务,而在不可分之债中,“不可分性”却转化为“可分性”,此时每个债务人不再有整体给付的义务,而只按其应负担的份额承担责任。因此,相当多的民法典规定了不可分之债性质转化的条文,比如2002年的《巴西新民法典》第263条规定“转化为损失和损害赔偿的债,丧失其不可分的性质”,与之相对应,连带之债却不是这样,其第271条规定“作为连带之债的标的的给付转化为损失和损害赔偿的,连带之债的所有效力保

持不变”<sup>[6]</sup>。

为何会这样?其实,前面已将其原因指出来了,“连带性”是一种主观约定,是一种“人性”,“不可分性”是一种客观现实,是一种“物性”,前者的关注点在“人”,后者的关注点在“物”。在债务不履行发生损害赔偿的情况下,对于前者而言,当事人未变,其主观约定未变,虽然给付性质发生了改变,也是“物变人未变”,其原本的性质依然不变,其人为构造并未改变,“连带性”得到了维持;对于后者而言,从原初的债变成了一般以金钱衡量的损害赔偿之债,而金钱之债显然都是可分的,因而原来“不可分的给付”也变成了“可分的给付”,给付的性质发生了变化,虽然当事人没有变,也是“人虽未变物已变”,其客观现实已变,“不可分性”不复存在,而转化为“可分性”。

#### 五、可继承性不同

如果债务人或债权人中的一个死亡,其债务或债权由数个继承人继承的,那么对于其继承人原来债权或债务的性质会发生变化吗?对于此问题,根据原债是连带之债还是不可分之债,有不同的回答:连带性不具有可继承性,但是不可分性相反却具有可继承性。

为何这样?其实,这仍然可以从“连带性是人性,不可分性是物性”这一原则推理出来:连带性是一种人性,一种主观约定,当债务人或债权人中的一个死亡而由数人继承时,人已变,虽然原债未变,也是“物虽未变人已变”,其性质也就当然改变,故而此时各继承人可按各自的份额承担债务或分享债权,此时原来的连带之债转化为按份之债;不可分性是一种物性,一种客观现实,虽然现在当事人因继承发生了改变,但给付并未改变,显然是“人虽变物未变”,不可分性依旧存在,各继承人仍应整体负责或整体分享。

西班牙学者古铁雷斯也认同了不可分性与连带性在是否可继承性上的不同,他认为“在不可分性和连带性之间,存在这种差异:前者是债的性质,此种性质会转给其继承人,并且因此债务人的诸继承人的每一个都是整个债务的债务人;而对于后者,它来自于缔约人的意愿,具有人身的性质,并且因此这并不阻止连带之债在每个连带债权人或连带债务人的数继承人之间被分割。”<sup>[3]</sup>

当然,此结论并不仅仅是从逻辑推理得出来的,它得到了众多民法典的认同。我们可以《意大利民法典》关于此点的相关条文规定来作实证上的考察,这就是其第1295条以及第1318条。第1295条(继承人之间的分担)规定“除非有不同的约定,债务要在共同债务人中的一人或者连带债权人中的一人的诸继承人之间按照份额进行分担。”第1318条(对继承人的不可分性)规定“不可分性亦适用于债务人或债权人的继承人。”<sup>[7]</sup>

意大利学者鲁彼诺对比分析了这两个条文,他指出“这两个条文的对比可以看出来,不可分性有一个客观的特性,它依赖于给付和给付对象,并且因此不同于连带性,故而在不可分之债中如果一个债务人或债权人有了数个继承人,在他们之间此等不可分性仍然维持。而从第1295条可以看出,在连带之债中,此种连带性并不维持”<sup>[5]</sup>。的确如此,从上述两个条文可以明显看出,连带性不具有可继承性,而与之相对,不可分性具有可继承性。

此点亦被《巴西新民法典》第270条所确认:“如连带债权人之一死亡并留下数个继承人,他们每人仅有权按与其继承的份额相应的比例请求获得债权的份额,不可分之债的情形除外。”<sup>[6]</sup>

#### 六、整体履行的原因不同

在连带之债和不可分之债中,都会谈到“整体履行”这一债的效力,即任一债权人都可要求债务人整体履行,而任何一债务人都有整体履行的义务,这是二者最终效力的一种相似性,但是它们产生的原因是不同的:如果对于连带之债,我们说此种“整体履行”的效力对于当事人双方是一种“心甘情愿”,那么对于不可分之债,此种“整体履行”的效力对于当事人双方却是一种“情非得已”。

法国著名法学家波蒂埃用了两个相近的拉丁术语表达了“连带性”和“不可分性”在此点上的微妙差别。他认为在连带之债中,每个债务人应整体地负责(*totaliter*),而在不可分之债中,每个债务人对整体负责(*in totum*),因此他认为,在不可分之债中每个债务人应对整体负责,但不应整体地负责(*Singuli solidum debent, non debent totaliter*)<sup>[8]</sup>。

对于此点,史尚宽先生也明确指出“连带债务与不可分债务终究不同,在不可分债务,惟因给付不可分,各债务人不得已负担全部给付之义务,而在连带债务则各债务人实质地各负全部给付之义务”<sup>[9]</sup>。巴西学者佩雷拉也认为“在连带性中,每个债务人因为他对整体负责而整体履行,而在不可分性中,整体履行是因为分割应付物成部分在法律上不可能”<sup>[10]</sup>。阿根廷学者香比亚斯亦持类似观点,他还认为在不可分之债中,“实际上每个债权人仅对一分享有权利,而每一个债务人仅有义务履行其份额”<sup>[11]</sup>,但由于“给付不可分”,所以要“整体履行”,显然也就是说此等整体履行,在不可分之债中,其实是一种“情非得已”。

对于不可分之债,由于这种“整体履行”的效力是一种基于“给付不可分”这种客观现实而产生的“情非得已”,那么在损害赔偿之债中,给付变得可分,“情非得已”产生的基础消灭,也就不再需要勉强进行“整体履行”,此时债就转化为可分之债,各债权人或各债务人按其份额请求部分履行或承担部分履行义务即可;而对于连带之债,此种“整体履行”来自债的特别构造,来自双方当事人主观的“心甘情愿”,也就根本不受给付性质的影响,在损害赔偿之债中,此种“整体履行”的效力依旧保存,债的“连带性”依然不变。

### 七、整体履行的方式不同

如前所述,连带之债与不可分之债都会涉及到“整体履行”的问题,但是它们产生的原因是不同的,前者是由于双方的主观约定,是一种特别的债的构造,而后者是由于给付的客观不可分,是一种不得已的选择,所以“整体履行”对于前者是一种“心甘情愿”,对于后者是一种“情非得已”,这一状况决定了二者在“整体履行”的方式上也存在差异:在立法上,对于“整体履行”的方式,法律给予了“心甘情愿”的连带之债更多的自由,而对“情非得已”的不可分之债施加了更多的限制。这样,对于前者而言,立法尽量尊重了当事人的意思自治,并因此让他们自负其责,而对于后者而言,立法提供了一定的限制以矫正“情非得已”的状况可能带来的负面影响,从而更有利于保护当事人双方的实质公正。

在连带债务中,债务人为复数,在期限届满后,债权人可请求任何一个债务人或全部债务人全部或部分履行,被请求的债务人应立即进行清偿,他不得借口召集其他债务人而不履行,否则就构成迟延履行;在连带债权中,即债权人为复数,在期限届满后,债务人可向任一债权人进行清偿。如其中一个债权人对债务人提出了履行请求,一般认为此债务人应向此债权人清偿,但有的立法认为此时债务人仍然可不顾此等请求而向任何一个债权人清偿。可以看出,在连带债务中的债权人,或在连带债权中的债务人,都享有充分的自由,法律基本上对他们未施加任何限制。

但在不可分债务中,数债务人是不得已负有“整体履行”的义务,在不可分债权中,数债权人是不不得已享有请求“整体履行”的权利,所以法律对于他们的权利与义务都提供了一定的限制:

具体而言,在不可分债务中,给予了债务人享有“恩惠期”(periodo di favore)的权利,即一旦一个债务人被要求整体履行债务,他可以请求债权人给予一个合理的期限来召集其他债务人来共同地履行债务,从而平衡了债权人和债务人的权利和义务。例如,《法国民法典》第1225条规定“债务人的继承人之一被诉清偿全部债务时,得请求给予一个期限,以使其他共同继承人参与诉讼,但如债之性质决定只能由被诉继承人为全部清偿时,不在此限:在此场合,被诉继承人得单独受判决清偿全部债务,但对其他共同继承人有请求补偿的权利。”<sup>[12]</sup>《智利民法典》第1530条亦规定“不可分之债的债务人之一被诉请求的,他可请求给予一个与其他债务人协调以便全体履行债的期限,但债的性质只能由该人履行的除外,在此等情形,当然可判令该人履行全部债务,他对其他债务人对他的负欠保留赔偿诉权。”<sup>[13]</sup>

在不可分债权中,为了防止一个债权人在获得“整体履行”后不向其他共同债权人分配利益,从而使其他债权人的利益受到损害,有些立法规定,债务人要么向全体不可分债权人一起整体清偿,要么向提供了担保的债权人整体清偿。例如,《巴西新民法典》第260条规定“如有多数债权人,他们中的每个都可请求履行整个债务,但一个或数个债务人按以下方式清偿的,他们都从债务中解脱:(1)向所有债权人共同清偿;(2)向一个债权人清偿,并且此人提供了其他债权人承认的担保。”<sup>[6]</sup>

由此可见,立法上对于不可分之债的“整体履行”方式的限制,正是对于其“情非得已”的这种现实的矫正,这样更好地平衡了债权人和债务人之间的权利与义务,达到了一种实质的公正。

### 结论

综上所述,不可分之债与连带之债是两种性质截然不同的债,虽然它们在效力上有一定的相似性,但它们在划分标准、形成原因、功能目的、损害赔偿之债的性质、可继承性、整体履行的原因及方式方面存在明显不同,我们不应该在理论上和实践上混淆之,我国未来民法典中应以“债的标的”(给付)是否可分将债划分为可分之债与不可分之债,以“债的主体”之间的关系将债划分为按份之债。

具体到本文开头所述的案例,我认为,如果甲乙二人约定为丙表演一出双簧,由于此种双簧表演的给付是不可分的,此债为不可分之债,并且因为此等给付的不可分,在履行过程中,即使丙只是向甲乙中一个提出了履行请求,被请求者也可请求另一人一起来履行之,此点与连带债务的规则不同,而甲乙中任何一人不愿意履行,则另一人不可能继续履行,此时原债转化为损害赔偿之债,由于损害赔偿之债是金钱之债,此时原来不可分的给付变成了可分的给付,那么甲乙应对于损害赔偿金各负一半的责任,而不是甲乙对丙负连带赔偿的责任,此等连带责任仅仅是在当事人约定或法律规定的情情况下,才可能存在<sup>④</sup>。

### 注释:

- ① 据不完全统计,有以下国家或地区的民法典中规定了不可分之债:德国、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、埃及、阿根廷、智利、巴西、委内瑞拉、哥伦比亚、古巴、秘鲁、墨西哥、瓜地马拉、乌拉圭、加拿大魁北克、美国路易斯安那、日本、菲律宾、越南、中国台湾、中国澳门等。
- ② 《苏俄民法典》第180条(连带的债)规定“如果合同或法律有规定(例如债的客体不可分割),则发生连带的义务或连带的请求”。参见马骧聪、吴云琪译《苏俄民法典》,北京:中国社会科学出版社,1980年版,第59页。
- ③ 对于不可分之债的立法模式,请参见《中国民法典草案建议稿》,梁慧星主编,北京:法律出版社,2003年版,第138-139页;《中国民法典草案建议稿及立法理由:债法总则编·合同编》,王利明主编,北京:中国法制出版社,2005年版,第88-92页;《绿色民法典草案》,徐国栋主编,北京:社会科学文献出版社,2004年版,第427-429页。
- ④ 比如《法国民法典》第1202条规定“债之连带关系应明文订立,不得推定。仅在依法律之规定自然发生连带关系的场合,不适用此项规则。”参见《法国民法典》,罗结珍译,北京:中国法制出版社,1999年版,第298页。

### 参考文献:

- [1] 齐云. 不可分之债与连带之债关系的历史沿革研究[J]. 中外法学, 2008, (5): 645-654.
- [2] 郑玉波. 民法债编总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2004. 387, 388, 413.
- [3] Santiago Espiau Espiau. Las obligaciones indivisibles en el Código Civil Español [M]. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1992. 187, 288, 224.
- [4] 徐涤宇译. 最新阿根廷共和国民法典[Z]. 北京:法律出版社, 2007. 162.
- [5] Domenico Rubino. Delle obbligazioni (Obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili) [M]. In Commentario Scialoja e Branca (Artt. 1285-1320), Bologna: Zanichelli - Foro Italiano, 1968. 354, 336.
- [6] 齐云译. 徐国栋审校. 巴西新民法典[Z]. 中国法制出版社, 2009. 45, 45, 44.
- [7] 费安玲, 丁玫, 张宓译. 意大利民法典(2004) [Z]. 北京:中国政法大学出版社, 2004. 316, 320.
- [8] Robert Joseph Pothier. Treatise on the law of obligations or contracts, Vol. I [M]. Translated by William David Evans, Philadelphia: Robert H. Small, 1826. 174-177.
- [9] 史尚宽. 债法总论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000. 644.
- [10] Caio Mario da Silva Pereira. Instituições de direito civil. Volume II. Teoria geral das obrigações [M]. 1ª edição eletrônica, Rio de Janeiro, 2003. 48.
- [11] Jorge Joaquín Llambías, Patricio Raffo Benegas, Rafael A. Sassot. Manual de Derecho Civil - Obligaciones (11 ed.) [M]. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1997. 312.
- [12] 罗结珍译. 法国民法典[Z]. 北京:中国法制出版社, 1999. 303.
- [13] 徐国栋, 徐涤宇译. 智利共和国民法典[Z]. 北京:中国法制出版社、金桥文化出版社(香港)有限公司, 2002. 305.

(全文共11,139字)